التحكيم في
عقود التشييد والاستغلال والتسليم B. O. T

الدكتور
محمد الروبي
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد
بكلية الحقوق _ جامعة حلوان وأكاديمية شرطة دبي

مقدمـــــــة :

أولا _ ماهية عقود التشييد والاستغلال والتسليم(B . O . T) ، والدافع إلى بحث التحكيم بشأنها :

اصطلاح الــ B . O . T ليس اصطلاحا قانونيا وإنما هو اصطلاح أفرزه الواقع العملي ، وتطور أساليب الاستثمار ونظم تمويل المشروعات الكبرى ، وتنوع أنماط التنمية الاقتصادية ، وكان من الطبيعي ، نتيجة لذلك ، أن يغلب على تعريف رجال القانون لهذا الاصطلاح الطابع الوصفي الذي يسعى إلى إبراز الخصائص والسمات الجوهرية التي يتسم بها وتميزه ، في نفس الوقت ، عن غيره من أفكار واصطلاحات أخرى .

وعلى ذلك يمكننا تعريف عقد التشييد والاستغلال والتسليم (B . O . T)، في مفهوم هذه الدراسة ، بأنه عقد يبرم بين الدولة ، أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها ، وطرف خاص أجنبي ، عادة ما يتخذ شكل

شركـــة [1] ، يطلق عليها شركـــة المشروع La société de projet ، بغرض تـــشييد أحد المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية ، على حساب تلك الشركة ، وقيامهـــا مقابل ذلك باستغلال المرفق والحصول على عائد هذا الاستغلال طوال مدة التعاقد ، وفي نهاية تلك المدة تلتزم الشركة بتسليم المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقـــدة دون أي مقابل ، وخاليا من كافة الأعباء ، وبحالة جيدة.

وقد اكتسبت عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، الــ B . O . T ، أهمية كبيرة في الآونة الأخيرة ، لا سيما بالنسبة للدول النامية Les Pays développés وتلك التي في طريقها إلى النمو Les Pays en voie de développement ، حيث صورت الشركات العالميـــة المهيمنة على التجارة الدوليـــة Le Commerce international [2] عقود الــ B . O . T إلى الدول المشار إليها على أنها بمثابة العصا السحرية التي ستحل لها معظم مشاكل التنمية الاقتصادية ، والمخرج الأمثل الذي سيكفيها مؤونة تحميل الخزانة العامة نفقات قيام المشروعات الكبرى على أراضيها ، خاصة تلك التي

---

(1) وإذا كان الغالب هو أن يتخـــذ الطرف المتعـــاقد مع الجهة الإدارية المتعاقدة شكل شركة أو اتحـــــاد شركات Consortium نظرا لما تتطلبه مشروعات الــ B . O . T من إمكانيات ضخمـــة ، إلا أنـــه لا يوجـــد ما يمنع قانونـــا من أن يكون هـــذا الطرف شخصـــا طبيعيا وليس شركـــة . وقد عرفـــت مصر مثل هذا الأمر ، حيث وافـــق مجـــلس الوزراء بموجب قراره رقم ٥ لسنة ١٩٩٨ على منح الشيخ عمر عبد العزيز المطوع (كويتي الجنسية) التزام باستصلاح واستزراع خمسون فـــدانا بحرم ميناء القاهرة الجـــوي وإعادتها إلى الدولـــة في نهاية مدة الامتياز وفقا لنظام الــ B . O . T .

(2) يراجع في بيان أساليب الشركات المهيمنة على التجارة العالمية في تحقيق مصالحها ، ولو كان ذلك علـــى حساب مصالح الدول المضيفة للاستثمارات والمنتجة للموارد الطبيعية خاصة البترول ، من خلال تضمين عقودها مع تلك الدول الشروط التي تحقق هذا الهدف ودور كثيرين من الفقه الغربي وأحكام التحكيم في تكريس مصالح تلك الشركات ، الدراسة الـــتي أعـــدها Mohmed said Ait Chaalal " Pays producteurs de pétrole et compagnies internationales " thèse Lausanne 1977.

تتعلق بالبنية الأساسية **Infrastructure** من : طرق وكباري وأنفاق ، ومياه شرب وكهرباء وغاز طبيعي ، ومطارات وموانئ وسكك حديدية ، واتصالات بأنواعها ... الخ . وأيـــد البنك الدولي **La Banque mondiale *ou* World Bank** مقولة تلك الشركات وقدم النصح للدول النامية وتلك التي في طريق النمو بأن تلجأ إلى المشروعات التي تقام بنظام الـــ **B . O . T** حتى تستفيد من الفوائد الجمة التي تحققها هذه المشروعات لاقتصاديات تلك الدول حيث ستقام فيها المرافق والمشروعات الكبرى دون أن تتكلف شيئا [٣] .

وبالإضافة إلى ذلك فقد أشادت لجنة الأمم المتحدة للقـــانون التجـــاري الـــدولي (الأونيـــسترال) **La Commission pour le droit du commerce international des Nations Unies** بفوائد المشروعات المقامة بنظام الـــ **B . O . T** بحسبانها الطريقة المثلى والحل الناجع لما تعانيه اقتصاديات الدول النامية وتلك الـــتي في طريقهـــا إلى النمو من صعاب وعقبات [٤] . كما أكد ذلك بعض المؤتمرات واللجان الأخـــرى

---

(٣) يراجع في تفاصيل ذلك مؤلفنا " عقود التشييد والاستغلال والتـــسليم B . O . T : دراســـة في إطـــار القانون الدولي الخاص " دار النهضة العربية ١٤٢٥ هـــ ــ ٢٠٠٤ م خاصة ص ٨ هامش ٢ والمراجـــع المشار إليها .

(٤) راجع بصفة خاصة تقارير لجنة (الأونيسترال) فى عدة دورات متتاليةاعتبارا من الدورة التاسعة والعشرين التي انعقدت في نيويورك خلال الفترة من ٢٨ / ٥ إلى ١٤ / ٦ / ١٩٩٦ إلى الدورة الرابعة والثلاثين المنعقدة فى نيويورك فى منتصف عام ٢٠٠١ حيث اعتمدت اللجنة دليل تشريعي بشأن مشروعات الـــ B . O . T وأصدرته بجميع اللغات الرسمية المعتمدة لدى الأمم المتحدة ــ ومن بينها اللغة العربية كما هو معلوم ــ تحت عنوان " دليل الأونسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص " وهو متاح ضمن مطبوعات الأمم المتحدة United nations publication sales N . A . 01 .V. 4 . . . ، وراجع حول هذا الدليل Bruno de Cazalet et John D. Crocthers " Présentation du guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement " R . D . A . I . 2001 , P : 699 et ss



والمنظمات المتخصصة التابعة لمنظمة الأمم المتحدة [٥] .

وقد تجاوبت كثير من الدول المذكورة مع تلك الدعوات المتكررة وأخذت تلجأ إلى عقود الـــ B . O . T ووصل بعضها إلى حد الإسراف في هذا السبيل .

غير أن تجارب العديد من تلك الدول قد كشفت عن أن كثيرا منها قد اندفعت إلى تلك العقود _ ربما يكون ذلك تحت تأثير الصخب الإعلامي **Propagande** الـــذي صاحبها _ دون أن تُضَمِن عقودها مع الشركات العالمية من الشروط والـــضمانات ما يكفل الحفاظ على مصالحها ، وحفظ مصالح مواطنيها في مواجهة تلك الشركات ، وبالتالي فقد انقلبت مشروعات الـــ B . O . T في هذه الدول إلى عبء إضافي على اقتصاديات تلك الدول ، يفاقم ما تعانيه تلك الاقتصاديات أصلا من أعباء.

ولقد كانت الاعتبارات السابقة هي الدافع إلى هذه الدراسة ، وذلك لما لها من أهمية سنتحدث عنها لاحقا .

ثانيا_ التحكيم بوصفه الوسيلة الأكثر قبولا لدى المستثمرين لتـــسوية منازعـــات الاستثمار بصفة عامة ومنازعات عقود الدولة على وجه الخصوص :

يشهد الواقع العملي بأن التحكيم هو الوسيلة المحبذة من قبل المستثمرين لتـــسوية منازعات الاستثمار ؛ وذلك ارتكانا إلى أسباب ، منها ما هو مقبول ومنها ما هـــو غير مقبول ، سنفصلها فيما بعد .

---

[٥] من ذلك دراسة أعدها مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية ، الذي يرمز له اختصارا بـــ UNCTAD United Nations Conference on Trade and Development أواخر عـــام ٢٠٠٠ (World investment report 2000) *in* United Nations publications , sales No .E. 00.II.D.10 ، وانظر بالإضافة إلى ذلك الدلائل الإرشادية التي أصدرتها منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية الـــتي تعرف اختـــصارا بـــــ UNIDO بعنـــوان : Guidelines for infrastructure development through Build –Operate – transfer (BOT) projects , United Nations Industrial Development Organization , sales No UNIDO. 95. 6. E. Vienna 1996 .

وإذا كان القول السابق يبدو صحيحا بشأن منازعات الاستثمار بصفة عامة ، فإنه يصح من باب أولى ، عندما تكون الدولة ، أو أحد أجهزتها العامة ، طرفا في عقود الاستثمار . ففي هذه الحالة تعمل الشركات الاستثمارية ، بكل طاقاتها ، على الإفلات من نطاق ولاية القضاء الوطني للدولة المتعاقدة عن طريق إدراج شرط التحكيم في العقد.

ولم يقتصر الأمر على محاولات الشركات المهيمنة على التجارة العالمية الإفلات من نطاق الولاية القضائية للدول المستقبلة للاستثمار ، بل كرس البنك الدولي للإنشاء والتعمير ذلك (Banque International pour Reconstruction et le Développement B. I. R.D) ، حيث تولى الدعوة إلى عقد اتفاقية دولية في رحابه بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى _ أي أنها تنصب على عقود الدولة _ وكان الهدف الحقيقي من وراء هذه الاتفاقية هو انتزاع هذه العقود من نطاق الاختصاصين القضائي والتشريعي للدول المتعاقدة ، وإن تقنعت ، مع ذلك ، برداء الحيدة والموضوعية من خلال إيراد بعض النصوص التي يوحي ظاهرها بأنها يمكن أن تحقق مصالح دول العالم الثالث ، وتعالج منازعات عقود الدولة بطريقة منصفة .

وبالفعل فقد أبرمت عام ١٩٦٥ في رحاب البنك المذكور اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى التي دخلت حيز التنفيذ في أكتوبر ١٩٦٦ [٦] ، وأنشئ بموجبها المركز الدولي لتسوية

---

(٦) راجع نصوصها في Rev. Crit 1968 ص ١٢٨ وما بعدها وانظر مزيدا من التفاصيل حولها Aron Broches " The convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of the States " R.C.A.D.I 1972 , II P . 331 et ss ، وانظر كذلك الدكتور إبراهيم شحاته " دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار " المجلة المصرية



منازعـــات الاستثمار **Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)** [٧] .

وتكشف كثير من الأحكام التي أصدرها هذا المركز عن تحيز واضـــح للـــشركات العالمية ضد الدول النامية ومصالحها الأساسية ، ولعل أقرب مثال على ذلـــك هـــو الحكم الذي أصدره هذا المركز ضد مصر في قضية هضبة الأهرام [٨] .

وبعد أن أصبح التحكيم وسيلة مستقرة لتسوية منازعـــات الاســـتثمار ، أخـــذت الشركات الاستثمارية العالمية _ مؤيدة في ذلك بأراء الفقهاء والمحكمين المدافعين عن مصالحها _ في التطلع إلى خلع عقود الدولة ، ومنها عقود الـــ B . O . T ، من ربقة القوانين الوطنية على غرار ما فعلت بصدد الاختصاص القضائي ، وذلك عن طريق طرح عدة نظريات سنفصلها في ثنايا هذه الدراسة .

ثالثا _ أهمية الدراسة :

بالنظر إلى الاعتبارات المتقدمة تبدو أهمية الدراسة الحالية في تسليط الـــضوء علـــى أساليب الشركات الاستثمارية العالمية ، لتكون الدول العربية وجهاتها الإدارية على بصيرة من أمرها عند التعاقد مع تلك الشركات ، مستعينة في ذلك بأهل الخبرة من مختلف التخصصات ، وذلك حتى يتمخض الأمر عن عقود متوازنة تحفظ مـــصالح

للقانون الدولي ١٩٨٥ ص ١ وما بعدها ، الدكتور ويصا صالح " تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى " مجلة مصر المعاصرة ١٩٨٠ ص ٨١ وما بعدها .

(٧) يراجع مزيدا من التفاصيل حول المركز ونظامه القانوني Delaume " Le CIRDI " *J. dr . I* 1982 P : 775 et s. ، وانظر كذلك الدكتور حسين أحمد الجندي " النظام القـــانوني لتـــسوية منازعـــات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام ١٩٦٥ " دار النهضة العربية بدون تاريخ نشر.

(٨) راجع الحـــكم منشورا في *J . dr . I* 1994 ص ٢١٩ وما بعدها تعليق Emmaunuel Gaillard ، وراجع أحكاما عديدة أصدرها المركز وأوردناها في مؤلفنا المشار إليه سابقا خاصة بند ١٢٢.

الدولة وترعى مصالح رعاياها ، ولا تغفل ، في الوقت نفسه ، المصالح المشروعة للشركات الاستثمارية.

رابعا _ خطة الدراسة :

تنقسم هذه الدراسة إلى فصلين : نعرض في أولهما لماهية التحكيم ومزاياه ومدى جوازه في عقود الدولة ، ونحدد في ثانيهما القانون واجب التطبيق على عقود الـ B O . T . من قبل المحكم .

الفصل الأول

ماهية التحكيم ومبرراته ومدى جوازه في عقود الدولة

أولا _ ماهية التحكيم :

قيل بعديد من التعريفات للتحكيم ، لا تتسع الدراسة لاستعراضها [٩] ، ومن ثم نكتفي بإيراد هذا التعريف الذي يحدد جوهر فكرة التحكيم ببساطة ووضوح فنقول إن التحكيم هو طريق اتفاقي لتسوية المنازعات يخرج بمقتضاه التراع من ولاية قضاء الدولة ، ويعهد به إلى فرد أو هيئة للفصل فيه بحكم ملزم للطرفين .

فهذا التعريف يبرز ، في نظرنا ، العناصر الأساسية للتحكيم ، من حيث كونه ينشأ باتفاق الأطراف ، ويهدف إلى تسوية منازعاهم ، وينتهي بصدور حكم ينهي الخصومة بين الأطراف ، ويلتزم هؤلاء جميعا بالترول على مقتضاه طوعا ، وإلا جاز إرغام من يمتنع منهم على ذلك جبرا .

والتحكيم بمفهومه السابق ليس وليد اليوم ، بل هو نظام يضرب بجذوره في أعماق

(٩) يراجع حول التعريفات العديدة للتحكيم أستاذنا الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة " قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي : تنظير وتطبيق مقارن " الطبعة الأولى دار النهضة العربية ٢٠٠٤ خاصة ص ١٤ وما بعدها .



التاريخ ، حيث عرفته المجتمعات القديمة [١٠] ، وكان بمثابة الأساس الذي شيد عليه نظام القضاء بعد ظهور نظام الدولة ، ثم أصبح صنوه الملازم له ، أو الطريق الموازي له ، في كافة النظم الحديثة ، وذلك لما يبرر ذلك من أسانيد عديدة نستعرضها فيما يلي.

ثانيا _ مبررات وجود التحكيم في العلاقات الخاصة واستمراره صنوا للقضاء في المجتمعات المعاصرة :

قد يقول قائل إذا كان التحكيم قد ظهر فيما قبل ظهور الدولة ، فقد كان لذلك ما يبرره ، من حيث عدم وجود سلطة مركزية تتولى تحقيق العدالة في ربوع البلاد ، فلم يعد لهذا النظام من مبرر بعد ظهور الدولة وما استتبعه ذلك من احتكارها ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على إقليمها .

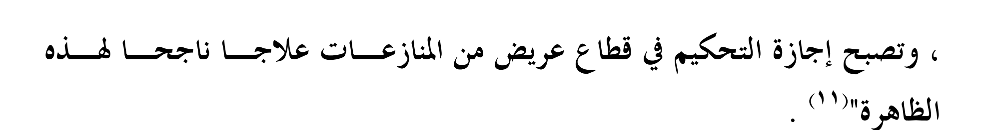
بيد أن هذا القول ليس دقيقا ، إذ أن هناك مبررات جدية وحجج قوية بررت ، ومازالت ، أن يظل التحكيم في العلاقات الخاصة إلى جوار قضاء الدولة ، من ذلك:

١ _ التحكيم ضرورة لتخفيف العبء عن المحاكم :

بات التحكيم بوصفه طريقا اتفاقيا لتسوية المنازعات يمثل نظاما لا غناء عنه في الوقت الحاضر ، حيث أصبح " من الضروري تخفيف العبء عن كاهل الجهات القضائية في الدولة ، في وقت ازدادت فيه مشاكل الناس ، وتنوعت فيه خصوماتهم، وتعقدت وتشابكت مصالحهم ... خاصة إذا علمنا أن أهم ما يعوق تحقيق العدل والاستقرار ، هو بطء إجراءات التقاضي ، نتيجة لزيادة عدد القضايا زيادة مضطردة ، يوما بعد أخر ، زيادة لا تقابلها ، وبنفس الحجم ، زيادة في عدد القضاة

---

[١٠] يراجع في التفاصيل الدكتور صوفي أبو طالب " مبادئ تاريخ القانون " دار النهضة العربية ١٩٦٧ خاصة ص ٦٩ وما بعدها ، وانظر كذلك أستاذنا الدكتور أحمد عبد الكريم المرجع السابق ص ١٤٢ وما بعدها.



، وتصبح إجازة التحكيم في قطاع عريض من المنازعــات علاجــا ناجحــا لهــذه الظاهرة"[١١] .

٢ ـ مبررات تقتضيها مصالح الأطراف :

عديدة تلك هي الحجج التي تدفع أطراف العلاقات الخاصة إلى اللجوء إلى التحكيم ، بل وتفضيله على القضاء العادي ، منها :

أ) التحكيم يمكن الأطراف من تسوية نزاعهم بطريقة سريعة وفعالة ويمثل اقتصادا في الوقت والجهد والمصروفات :

وبهذه الميزة يتسنى للمحتكمين تجنب عيوب قضاء الدولة وما تتسم به إجراءاته من بطء، وتعقيد ، وما يميز التقاضي أمامه من شطط في الخصومة ولدد فيهــا ، ومــا تستغرقه مراحل نظر الدعوى وطرق الطعن في الأحكام ، وتقديم إشكالات التنفيذ ، وما بستلزمه كل ذلك من وقت وجهــد ومصروفات ، الأمر الذي يستتبع حتمــا طول أمد النزاع ، فيحصل صــاحب الحق على حقه بعد أن يكون قد فقد قيمته ، هذا إذا كان من المحظوظين ، وإلا قد يكون من نصيب ورثته بعد أن يفارق الحيــاة كمدا على ما حاق به من أضرار نتيجة لعدم تمكنه من الحصول على حقه في وقت معقول .

ويمكن أن يقدم التحكيم علاجا ناجعا للمثالب السابقة ، إذ عادة ما يكون المحكــم متفرغا للفصل في النزاع محل التحكيم ، كما يخول التحكيم للأطراف مكنة الاتفاق مقدما على إجراءات سريعة ، ووقت محدد يجب أن يصدر حكم المحكم خلاله .

ب) التحكيم يحافظ على سرية معاملات الأطراف :

---

(١١) الدكتور محمود هاشم " النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية : الجزء الأول اتفاق التحكيم " دار الفكر العربي ١٩٩٠ خاصة ص ٤ وما بعدها .

وفضلا عما تقدم فيستطيع الأطراف عن طريق التحكيم الحفاظ على سرية معاملاتهم ، لا سيما المعاملات التجارية ، ويتمكنوا بذلك من عدم كشف أسرارهم المهنية وعدم الإفصاح عن مراكزهم المالية ، حيث يجوز لهم الاتفاق على جعل جلسات التحكيم ، كلها أو بعضها ، سرية . وهو ما لا يتسنى لهم فعله أمام قضاء الدولة ، فيكون أمام صاحب الحق منهم خيارين كلاهما مر : إما أن يرفع دعواه إلى القضاء مع ما يترتب على ذلك من كشف أسرارهم الفنية والمهنية ، وإما أن يرضى بالضيم ويعزف عن ولوج طريق قضاء الدولة مع ما يترتب على ذلك من ضياع لحقوقه وإهدار لها (١٢) .

ج) التحكيم يكفل عرض المنازعة على محكم متخصص في نوعية النشاط الذي تنتمي إليه الخصومة محل التحكيم :

فلقد أفرزت التطورات التقنية الهائلة العديد من المعاملات التي تنتظم كثيرا من المسائل الفنية والعلمية الدقيقة ، والتي يصعب على القاضي العادي ، بالنظر إلى تكوينه القانوني ، الإحاطة بها ، فلا يجد معه مناصا من الاستعانة بخبير فني يستجلي منه هذه المسائل ، مع ما يستتبعه ذلك من وقت وجهد ومصروفات وتأخر الفصل في القضية .

ويأتي التحكيم ليجنب الأطراف هذه المساوئ ، حيث غالبا ما يعرض نزاعهم على على محكم متمرس ومتخصص في موضوع المنازعة محل التحكيم فيكون ذلك أدعى إلى أن يصدر فيها حكما عادلا وفعالا .

د) التحكيم يشجع التسوية الودية ويبقي على الاتصال بين الأطراف :

---

(١٢) يراجع مزيدا من التفاصيل حول هذه المسألة الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية " الطبعة الأولى ١٩٩٨ بدون ناشر ص ٦٤ .

فالثابت أن التحكيم يساعد الأطراف " على تجاوز خلافاتهم طمعا في مواصلة التعاون بينهم تحقيقا لمصالحهم المشتركة ، ويبرهن على ذلك أمران : الأول ، تهيئة الظروف أمام الطرفين لتسوية منازعاتهم وديا ، بدعوتهم للتفاوض حول تلك التسوية ، وفي حالة تمامها تتولى هيئة التحكيم إثباتها في محاضرها وإصدار حكم بها . والثاني حسم النزاع بوسطية ترضي الطرفين [١٣] " الأمر الذي قد يجعل حكم التحكيم مهيئا السبيل أمام الطرفين لاستمرار تواصلهم ، أو معاودة هذا التواصل مما يحقق مصالحهم المشتركة .

وبعد استعراض الأسانيد السابقة يثور التساؤل الآتي : هل هذه الأسانيد تبرر القول بجواز التحكيم عندما تكون الدولة ، أو أحد أجهزتها العامة ، طرفا في المنازعة بوصفها صاحبة سيادة وسلطان ؟ ، هذا ما نجيب عليه في النقطة التالية :

مدى جواز التحكيم في عقود الدولة :

نظرا لقوة الأسانيد السابقة ومنطقيتها ، فقد قل أن يوجد من يماري فيها ، أو يشكك في جدواها وواجهتها ، طالما تعلق الأمر بالتحكيم في العلاقات الخاصة ، داخلية كانت أم دولية [١٤] .

بيد أنه إذا تعلق الأمر بعلاقة قانونية تكون الدولة ، أو أحد أجهزتها العامة ، طرفا فيها بوصفها صاحبة سيادة وسلطان ، فقد اشتد الخلاف ، وصخب الجدل ، وحمي وطيس مقارعة الحجج ببعضها ، حيث تفرق الرأي بصددها إلى اتجاهات ثلاثة : أولها يرى جواز التحكيم في علاقات القانون العام والخاص على السواء ، وثانيها يرى حصر التحكيم في إطار العلاقات الخاصة ، أما ثالثها فقد اختط طريقا وسطا

[١٣] أستاذنا الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ١٤٠ وما بعدها .

[١٤] قارن مع ذلك الدكتور حسام محمد عيسى " دراسات في الآليات القانونية للتبعية الدولية : التحكيم التجاري الدولي دراسة نقدية " ١٩٨٨ بدون ناشر .

بين الرأيين السابقين ، وذلك على النحو التالي :

الاتجاه الأول _ جواز التحكيم في علاقات القانون العام والخاص على السواء :

ردد هـذا الاتجاه الحجج التي سيقت لتبرير التحكيم بصفة عامة ، والسابق بيـان أهمها ، وذلك استنادا إلى أن الحجج السابقة تبرر أيضا القول بجـواز التحكـيم في عقود الدولة ، وزاد عليها بعض الحجج التي أهمها الحجة التالية :

١ _ القول بجواز التحكيم في عقود الدولة تقتضية سياسـة تـشجيع الاسـتثمار وضرورات التنمية الاقتصادية :

حيث استند هذا الاتجاه إلى أن الواقع العملي يشهد بأن كافة الدول تتبارى فيمـا بينها على جذب أكبر قدر من الاستثمارات الأجنبية إليها ؛ وذلك نـزولا علـى ضرورات التنمية الاقتصادية . وحتى تدرك الدول هذه الغايـة وتـنجح في هـذه السياسة كان يتعين عليها أن تسمح بتسوية منازعـات الاسـتثمار ، والتنميـة الاقتصادية بصفة عامة ، عن طريق التحكيم ؛ وذلك لأن المـستمرين عـادة مـا يتخوفون من عرض منازعاتهم على القضاء الوطني في الدولة المضيفة خشية تحيـزه لدولته ؛ لافتقاده _ من وجهة نظرهم _ إلى الاستقلال في مواجهة السلطة التنفيذية في الدولة ، ويفضلون عادة تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم لما فيه من ضـمانة هامة تدعوهم إلى الاطمئنان وتبث في نفوسهم الثقة [١٥] . بل لقد وصل البعض إلى حد أن يقرر أن التحكيم " قد أصبح واقعا يفرض نفسه كشرط حتمي لبقاء الدولة

(١٥) يراجع في التفاصيل J-P . Regli " Contrats d'Etat et arbitrage enter Etats et personnes privées " GEORG – Llibrairie de l'université – Genève 1983 ; D. Berlin " Contrats d'Etat " *in* Répertoire de droit international 2 éd Dalloz 199, spéc n 3 et . s

في المنظومة الاقتصادية الدولية " (١٦) . وهو ما يعني أنه إذا ما تلكأت دولة مـــا في قبول هذا الشرط الحتمي فسيترتب على ذلك الإلقاء بها خارج ما دعاه هذا البعض بالمنظومة الاقتصادية الدولية .

وقد كرست اتفاقية واشنطن التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى هذا الاتجاه وكان عمادها في ذلك الحجة التي نحن بصددها .

ويبدو لنا أن الحجة السابقة ليست سليمة على إطلاقها ، وذلك لأن المنفعـــة مـــن الاستثمار هي منفعة متبادلة بين الدولة والشركات الاستثمارية ولا تصب في صالح أحد الطرفين على حساب الطرف الآخر ، بمعنى أنه إذا كانت الاستثمارات الأجنبية ضرورية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدول المضيفة ، لا سيما الدول النامية ، فإن ذلك يقابله حاجة رؤوس الأموال الأجنبية إلى العمل في تلك الـــدول وفتح أسواق وآفاق جديدة لاستثماراتها (١٧) . بما يعني أنه إذا ما أصرت الدولة على أن تضمن عقود الاستثمار مع الشركات الأجنبية شروطا تحافظ علـــى مـــصالحها وتحفظ مصالح رعاياها ، ولا تغفل المصالح المشروعة للشركات الاستثمارية فلن تمانع

---

(١٦) الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة " التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية " الطبعة الأولى منشأة المعارف ٢٠٠٦ ص ٢٤ .

(١٧) راجع في هذا المعنى الدكتور فـــؤاد ريـــاض " Les contrats de développement ... " Revue égyptienne de droit internationale 1986 , P : 253 , qui estime que " Les contrats de développement incarnent les aspirations les plus vitales des pays du tiers monde : voire leur sociétés franchir le seuil du sous-développement économique et rejoindre un monde en pleine évolution . De même l'importance que les contrats de développement présente pour les pays industrialisés n'est pas moins vitale . Outre les bénéfices et les débouchés que ces contrats peuvent procurer aux entreprises du monde industrialisé , la régression économique du monde sous-développé ne manquerait pas d'avoir les répercussions les plus fâcheuses sur la prospérité et les progrès économiques des pays industrialisés ..... " .

هذه الشركات في الاستثمار لديها كما يشهد بذلك الواقع العملي .

الاتجاه الثاني _ حصر جواز التحكيم في مجال علاقات القانون الخاص :

على عكس الاتجاه السابق يرى الاتجاه الماثل أن الحجج التي سيقت لتبرير التحكيم قد تصدق إذا ما انصب التحكيم على علاقات القانون الخاص ، أما إذا كانت الدولة ، أو أحد أجهزتها العامة ، طرفا في العلاقة فلا يجوز التحكيم ، وذلك استنادا إلى ما يلي :

١ _ التحكيم آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي :

يتضح من مطالعة أحكام التحكيم الصادرة في منازعات عقود الدولة أن كثيرا منها قد انحاز انحيازا سافرا إلى الشركات الاستثمارية المهيمنة على التجارة العالمية على حساب الدول المستقبلة للاستثمار على نحو ما سنفصل لاحقا . واستنادا إلى ذلك فقد قرر جانب من الفقه أن التحكيم الدولي يهدف إلى فرض إرادة الشركات الاستثمارية على الدول النامية ؛ حيث إنه ، في جوهره ، وسيلة تمكن وحدات النظام الرأسمالي العالمي ، وهي الشركات العابرة للقارات ، من الإفلات من التقاضي أمام القضاء الوطني [١٨].

٢ _ التحكيم يتنافى مع طبيعة منازعات عقود الدولة :

كما يرى البعض أن عقود الدولة بما لها من طبيعة خاصة وخصائص ذاتية ، وأحكام متميزة خارقة للشريعة العامة ، فإنها تحكم بموجب قواعد خاصة تتلاءم مع طبيعتها هي قواعد القانون الإداري ، وهي في معظمها قواعد قضائية ؛ لكونها من خلق القضاء الإداري ، الأمر الذي يصعب التسليم معه بخضوع المنازعات الناشئة عنها

(١٨) الدكتور حسام عيسى المرجع السابق ص ٦ .

للتحكيم [١٩] .

ومن ناحية أخرى فإن عقود الدولة ، والعقود الإدارية بصفة عامة ، تهدف إلى تغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة ؛ وذلك استنادا إلى أن الدولة هي القوامة على المرافق والمصالح العامة ، والقول بجواز التحكيم في منازعات هذه العقود من شأنه التسوية بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة ، بل قد يكون من شأنه تغليب الأخيرة على الأولى ، وهو ما يمثل إخلالا بالنظام العام في الدولة [٢٠] .

٣ _ التحكيم في عقود الدولة من شأنه الإفضاء إلى الإفلات من الخضوع لسلطان القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار :

كما يرى البعض أن النظرة المشوبة بالحذر والتردد من جانب الدول النامية للتحكيم في منازعات عقود الدولة لا تنبع من فراغ ، بل من واقع العلاقات الاقتصادية غير المتكافئة مع الشركات المهيمنة على التجارة العالمية ، والتي تؤكد أن التحكيم في هذا المجال ليس إلا وسيلة تكفل لهذه الشركات الهروب من أحكام القوانين الوطنية للدول المضيفة _ بعد أن يتحقق لها الإفلات من الخضوع لولاية محاكمها _ وتضمن لهم خضوع عقود الدولة لنظم قانونية تحمي مصالح تلك الشركات ، دونما اعتبار لأحكام القوانين الداخلية للدول ، ولا الظروف الاقتصادية وأولويات التنمية فيها[٢١] .

---

[١٩] الدكتور محمد كمال منير " مدى جواز الاتفاق على الالتجاء للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية " مجلة العلوم الإدارية ١٩٩١ ص ٣٣٠ .

[٢٠] يراجع في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف " التحكيم الإداري في القانون المصري " دار النهضة العربية ١٩٩٣ ص ١٠٩ وما بعدها .

[٢١] يراجع في عرض هذه الحجة الدكتور عصام الدين القصبي " خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار " دار النهضة العربية ١٩٩٣ خاصة ص ١٣ وما بعدها .



واستنادا إلى الحجج السابقة ، وغيرها ، يرى هذا الاتجاه أن مصالح الدول النامية ، وواقع العلاقات الاقتصادية الدولية ، والسوابق التحكيمية في مجال عقود الدولة تقتضي القول بأن تظل عقود الدولة حبيسة الاختصاصين القضائي والتشريعي للدولة المضيفة للاستثمار .

الاتجاه الثالث _ جواز التحكيم في عقود الدولة بقيود تحقق مصالح الدول المضيفة للاستثمار :

على الرغم من وجاهة الأسانيد التي استند إليها الاتجاه الرافض للتحكيم في عقود الدولة ، إلا أنه لم يلق آذانا صاغية بالدرجة المأمولة من أطراف هذه العقود ، حيث يؤكد الواقع العملي أن التحكيم هو الوسيلة الأكثر ذيوعا لتسوية منازعات هذه العقود .

بيد أن ما نقرره سابقا لا يعني أن ما قال به الاتجاه المعارض قد ذهب أدراج الرياح دون أن يصغي له أحد ، وأن الاتجاه القائل بجواز التحكيم في علاقات القانون العام والخاص على السواء قد كتبت له الغلبة ، وأن التحكيم في عقود الدولة قد خلا من المعارضين ، وبرئت ساحته من العيوب ، وأضحى لا تشوبه شائبة .

فالحقيقة أن ما قاله الرأي المعارض ، وواقع أحكام التحكيم الصادرة في مجال عقود الدولة قد ألقيا بظلالهما على التحكيم في منازعات عقود الدولة وأكدا جدية المخاوف والحذر اللذان عادة ما ينتابا الدول النامية وأكثرية فقهاؤها تجاه التحكيم في هذا النوع من المنازعات .

ومن ثم فقد حاول اتجاه ثالث ، كتبت له الغلبة فقها وقضاء وتشريعا ، التوفيق بين المخاوف من التحكيم وما يكتنفه من عيوب ، وضرورات التنمية الاقتصادية في الدول المستقبلة للاستثمار وما تستتبعه من المرونة وبث الطمأنينة في نفوس

المستثمرين ، وذلك من خلال إحاطة التحكيم في عقود الدولة بالـضمانات الـتي تكفل حماية مصالح الدول المضيفة للاستثمار في مواجهة الشركات المهيمنـة علـى التجارة العالمية . من ذلك أن ينص قانون الدولة على بعض أنـواع مـن العقـود الإدارية يجوز بصددها التحكيم دون باقي هذه العقود ، على غرار ما فعل القـانون الفرنسي [٢٢] . أو حتى أن يجعل الأصل العام هو جواز التحكيم في هذه العقود إلا ما استثني منه بنصوص خاصة . أو أن يتطلب لجواز التحكيم في هذا المجال الحصول على موافقات واستيفاء شروط خاصة ، على غرار ما فعل قانون التحكيم المصري الذي اشترط لجواز التحكيم في العقود الإدارية موافقة الوزير المختص (م ١) .

وفضلا عن هذه الضمانات التشريعية فكثيرا ما تشترط الدول ، في سبيل ضـمان مصالحها ، شروطا تعاقدية تدرجها في العقد ولا تعتمد على مـا يـرد في العقـود النموذجية التي كثيرا ما يتم صياغتها بطريقة تحقق مآرب المستثمرين ، ولعل أهـم هذه الشروط هو أن يكون قانونها الوطني هو الواجب التطبيق على الـتراع . وأن يتم اختيار المحكمين بحرية من قبل الطرفين لا أن يفرضوا عليها مـن قبـل مراكـز ومؤسسات التحكيم الدولي ، وأن يتم التحكيم من قبل أحـد مراكز التحكـيم المشهود لهـا بالحيدة والتراهة والموضوعية ... أو غير ذلك من الشروط التعاقدية .

وإذا كان جواز التحكيم في عقود الدولة _ ومن بينها عقود الـ B. O. T _ قـد أضحى ، بعد ولادته العسيرة ، واقعا لا يستطيع أحد إنكاره ، فيثار التساؤل حول القانون واجب التطبيق على هذه العقود من قبل المحكم ، هذا ما نتناوله في الفـصل التالي:

---

[٢٢] يراجع في تفاصيل ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو " العقود الإدارية والتحكيم " دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٤ خاصة ص ١٧٦ وما بعدها .



الفصل الثاني

القانون واجب التطبيق على عقود الـ B . O . T

ومدى إمكانية استبعاده من قبل المحكم

من المعلوم أن القاعدة المستقر عليها فقها ، وقضاء ، وتشريعا في مختلف النظم القانونية هي خضوع العقود الدولية _ أيا كان أطرافها _ من حيث موضوعها لقانون الإرادة **Lex Voluntatis *ou* Loi d'autonomie** ، أي للقانون الذي اختاره الأطراف صراحة لحكم العقد ، أو ذلك الذي اتجهت إرادتهم الضمنية إلى تطبيقه عليه .

ويثار التساؤل حول ما إذا تضمن عقد الـ B. O. T ، أو عقود الدولة بصفة عامة ، نصا صريحا بشأن القانون واجب التطبيق أو كان يمكن استخلاص الإرادة الضمنية المؤكدة للأطراف من خلال نصوص العقد وظروف الحال ، وملابسات التعاقد ، فهل يجوز في هذه الحالة للمحكم ، استبعاد هذا القانون المختار من قبل الأطراف وإحلال غيره محله ؟ .

وعلى ذلك نبحث أولا الاختيار الصريح أو الضمني من قبل الأطراف لقانون العقد ، ونعقب ذلك ببحث مدى إمكانية استبعاد المحكم للقانون المختار من قبل الأطراف ، وإحلال غيره محله مخصصين لكل منهما مبحثا على حدة :

المبحث الأول

اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنا من قبل الأطراف

اختيار أطراف العقد الدولي للقانون واجب التطبيق عليه قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا ، وذلك على التفصيل التالي:



أولا _ الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق على العقد :

١ _ أهمية الاختيار الصريح لقانون العقد وفوائده :

إذا كـــان الرأي قـــد أضحى مستقـــرا على أن ضابط الإسنـــاد الأول ، والأكثر أهمية ، في عقود الدولة ، ومنها عقود الــ B. O. T هو ضابط إرادة الأطراف . فإن الإجماع يكاد ينعقد على أنه من الأهمية بمكان أن يقـــوم الأطراف بتحديـــد هـــذا القانون صراحة ، وذلك حتى يتجنبـــوا المشكلات الجســـام التي يمكن أن تواجههم عند عدم قيـــامهم بهذا التحديد الصريح .

ونظرا لأهمية الاختيار الصريح نجد مجمع القانون الدولي في قراره الصادر بـــشـــأن عقود الدولة قد حث أطراف هذه العقود على ضرورة أن يحددوا صراحة القانون واجب التطبيق على عقـــودهم ، وذلك حتى يتلافـــوا ما قد يترتب على تقاعسهم عن هذا التحديد من مشكلات (٢٣) .

وقـــد عبر جانب من الفقه عن أهمية الاختيار الصريح لقانون العقد تعـــبيرا دقيقـــا فقرر أنه " من الأهميـــة بمكان أن يُضَمن المتعاقدون عقدهم شرطا أو بنـــدا يحـــدد الاختصاص التشريعي ، فإن هم عمـــلوا ذلك فإنهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطا للمستقبل وما يكتنفه من أخطار ، كل ذلك وعندهم أمل كبير في ألا تتحقق تلك الأخطار " (٢٤) .

وهكذا يتضح أنه من المرغوب فيـــه دائما أن يحدد الأطراف القانون واجب التطبيق

---

(٢٣) راجع المادة ٤ / ١ من قراره الصادر بصدد عقود الدولة في دوره أثينا عام١٩٧٩ .

(٢٤) أستاذنا الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة " قانون العقد الدولي " دار النهضة العربية ٢٠٠١ خاصـــة ص ١٩٠ ، وانظر كذلك Jean-Christophe Pommier " La résolution du conflit des lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : Le rôle de l'arbitre " *J. dr. I* , 1992 P : 5 et ss spéc P : 6 .



على عقدهم ذي الطابع الدولي ، وإذا كان هذا الأمر يكتسب أهمية غير منكورة بصدد عقود التجارة الدولية ، فإن تلك الأهمية تتضاعف ، ويغدو قيام الأطراف بهذا التحديد الصريح أوجب وآكد بصدد عقود الدولة على وجه الخصوص ، وذلك بالنظر إلى طبيعة المجالات التي تنصب عليها هذه العقود من ناحية ، وحتى يتلافوا _ لا سيما الدول المتعاقدة _ المقامرة بمصالحهم وتعريضها للمخاطر عند تعيين هذا القانون من قبل هيئات التحكيم كما سنرى فيما بعد .

ونظرا لهذه الأهمية التي يكتسبها تعيين القانون واجب التطبيق على عقود الدولة ، فإننا ننبه الجهات الوطنية العربية إلى ضرورة العناية بهذا الشرط ، والتدقيق فيه ، ووجوب إدراجه في عقود الدولة بصفة عامة ، وعقود الـ B . O . T بصفة خاصة ، لا سيما في الحالات التي يتضمن فيها العقد شرط تحكيم ويخرج بذلك عن إطار الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة ، وذلك حتى نتجنب الانزلاق إلى اضطلاع هيئات التحكيم بالتصدي لتعيين هذا القانون وهو أمر غير مأمون العواقب .

وإذ كان التعيين الصريح لقانون العقد يكتسب هذه الأهمية ، فما مدى اهتمام عقود الدولة بهذا الأمر ؟ نبين ذلك فيما يلي :

٢ _ الاختيار الصريح لقانون العقد في واقع عقود الدولة بصفة عامة وعقود الـ B . O . T بصفة خاصة :

أ) واقع الاختيار الصريح لقانون العقد في عقود الدولة :

نظرا لما يمثله الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق على عقود الدولة من أهمية بالغة بالنسبة لأطرافها _ لا سيما بالنسبة للدول المتعاقدة _ فقد أدرك هؤلاء تلك الأهمية ودرجوا على تعيين القانون واجب التطبيق على العقد من خلال نص صريح يتضمنه العقد .

ويكشف الواقع العملي لعقود الدولة عن أن الغالبية العظمى من هذه العقود قد تم اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة ليكون هو القانون الواجب التطبيق على العقد . وهذا ما تؤكده الإحصائيات التي أوردها الفقه المهتم بعقود الدولة ، ومن بين هؤلاء بعض من يدافع بشدة عن تدويل هذه العقود [٢٥].

ولعل اعترافهم بذلك وإيرادهم تلك الإحصائيات في كتاباتهم ما يقدم خير دليل على فشل نظريات التدويل .

ب) واقع الاختيار الصريح لقانون العقد في عقود الـ B. O. T :

وإذا أردنا أن نلقي الضوء على الواقع العملي للاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق على عقود الـ B. O. T لتبين لنا أن هذا الواقع يؤكد حقيقتين في هذا الصدد :

الأولى هي أن أكثرية عقود الـ B. O. T قد تضمنت نصوصا صريحة عين الأطراف بمقتضاها القانون واجب التطبيق على العقد صراحة .

والثانية هي أنه في أكثر _ إن لم يكن جميع _ الحالات يكون هذا القانون هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، إما بصفة منفردة ، وإما معضدا بغيره من تشريعات أو نظم قانونية أخرى . ونظرا لهاتين الحقيقتين فإننا نكتفي بذكر بعض الأمثلة على كل حالة من هاتين الحالتين :

---

(٢٥) يراجع في ذلك الإحصاء الذي أورده الأستاذ P. Weill (أبرز دعاة إخراج عقود الدولة من ربقة القانون الوطني) والذي أكد أن أكثرية عقود الدولة التي شملها الإحصاء قد اشتملت على نصوص تقضي بأن يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو الواجب التطبيق على العقد ، راجع ذلك في دراسته المشار إليها سابقا " Problèmes relative aux contrats passés entre Etat et un particulier " محاضرات لاهاي ١٩٦٩ الجزء الثالث خاصة ص ١٥٩ .



القانون الوطني يحكم عقود الـ B . O . T بصفة منفردة أو استئثارية :

أبرمت الحكومة المصرية ثلاثة عقود مع بعض الشركات الأجنبية لإنشاء مطارات بمرسى علم ، والعلمين ، ورأس سدر بنظام الـ B . O . T ، تضمنت هذه العقود نصا متماثلا بشأن القانون واجب التطبيق ورد في ثلاثتهم بالمادة ٢ / ١ التي تنص على أن " يخضع هذا العقد لقوانين جمهورية مصر العربية " .

والأمر نفسه نعثر عليه في العقد الذي أبرم بين الحكومة المصرية وإحدى الشركات الأجنبية لإقامة محطة كهرباء بمنطقة سيدي كرير بالساحل الشمالي ، فجاءت المادة ٢٠ / ٨ منه تحت عنوان : القانون الواجب التطبيق ، ونصت على أن " تخضع هذه الاتفاقية والالتزامات المترتبة عليها للقوانين المصرية ، ويتم تفسيرها وتأويلها وفقا لهذه القوانين " .

ويبين من النصوص السابقة أن القانون واجب التطبيق على العقود المذكورة هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، وعلى ذلك إذا ما ثار نزاع حول أحد هذه العقود ، وجب أن يُبت فيه وفقا لأحكام هذا القانون دون التفات إلى أي قانون آخر .

القانون الوطني للدولة المتعاقدة يحكم عقود الـ B . O . T معضدا بغيره :

وإذا كانت العقود السابقة قد جعلت قانون الدولة المتعاقدة هو الواجب التطبيق على العقد بصفة منفردة ، أو استئثارية ، بحيث لا يشاركه في حكم العقد قانون أجنبي أو أي نظام قانوني آخر ، فقد يأتي النص على قانون الدولة المتعاقدة معضدا بغيره من قوانين أجنبية أو نظم قانونية أخرى ، مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٣٣ من عقد الـ B . O . T المبرم عام ١٩٩٦ بين حكومة مدغشقر وإحدى الشركات الكندية بقصد إقامة بعض المشروعات والقيام ببعض الأنشطة

التعديلية [٢٦] ، على أن " القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع هو قانون دولة مدغشقر ، وفي حالة خلو نصوص هذا القانون من حكم للمسألة المثارة ، يجب على محكمة التحكيم أن تلتمس الحل في الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مدغشقر ، فإن لم تجد ففي أحكام القضاء الفرنسي السائدة بصدد المسألة ، وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بالقانون الإداري ، فإن لم تعثر على حكم فيها ، فيجب تطبيق المبادئ العامة للقانون والممارسات المعترف بها دوليا ، وأحكام القضاء المقارن المقررة بخصوص المسألة المعروضة " .

ويبين من هذا النص أنه تضمن عدة مصادر يجب على محكمة التحكيم الرجوع إليها بصدد القانون واجب التطبيق ، بيد أن هذه المصادر مرتبة ترتيبا تتابعيا ، بحيث لا يجوز لمحكمة التحكيم أن تتخطى الأول وتعرج على الثاني إلا إذا ثبت لديها بيقين خلوه من حكم للمسألة المعروضة ، وقد جعل النص السابق الأولوية في هذه المصادر جميعا للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ، فإن لم يحتو على حكم للمسألة المعروضة فيجب على محكمة التحكيم أن تبحث عن هذا الحل في الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الوطني ، فإن لم تجد ففي أحكام القضاء الفرنسي السائدة بصدد المسألة المثارة ، وعلى الأخص أحكام القضاء الإداري _ أي أحكام مجلس الدولة الفرنسي _ ، فإن لم تعثر محكمة التحكيم على حكم لتلك المسألة في هذه الأخيرة فوفقا للمبادئ العامة للقانون ، وما هو مستقر عليه في الممارسات الدولية والقضاء السائد بصدد المسألة محل النزاع .

---

[٢٦] راجع مزيدا من التفاصيل حول هذا المشروع : Marc Frilet " Le projet Ilménite a Fort – Dauphin , Madagascar : Recherche de sécurité juridique à long terme pour les grands projets d ' infrastructure en financement privé en Afrique " R . D . A . I . 1999 , P : 609 et s .

ويتضح من استعراض نصوص العقود السابقة أن أكثرية عقود الـ B . O . T تتضمن نصا صريحا بشأن القانون واجب التطبيق على العقد ، وأن هذا القانون هو في الأغلب الأعم من الحالات ، القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، وهو _ أي قانون الدولة المتعاقدة _ أما أن يستأثر بحكم العقد برمته ولا يشاركه في ذلك غيره ، وإما أن يكون معضدا بغيره من قوانين أو نظم قانونية أخرى ، وعادة ما يكون لهذه الأخيرة دور احتياطي تلعبه فقط عندما يخلو القانون الوطني من حكم للمسألة المعروضة .

وبذلك نكون قد بحثنا مسألة الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق على عقود الـ B . O . T ، ونتحدث الآن عن الاختيار الضمني لهذا القانون .

ثانيا _ الاختيار الضمني للقانون واجب التطبيق على
عقود الـ B . O . T

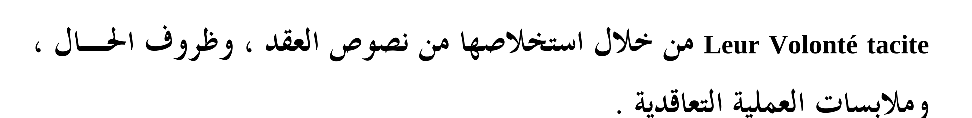
١ _ مفهوم الاختيار الضمني للقانون واجب التطبيق على العقد الدولي:

من المتفق عليه أن التعبير عن الإرادة يكون ضمنيا متى كان المظهر الذي اتخذه هذا التعبير لا يكشف بذاته عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك يدل على هذه الإرادة ، ويسهل استخلاصها منه ؛ نظرا لأنه لا يمكن فهمه إلا على أساس هذا الاستخلاص[٢٧] .

وتأسيسا على ذلك إذا خلا عقد الـ B . O . T من نص صريح يحدد الأطراف من خلاله القانون واجب التطبيق على عقدهم ، ولم يبرموا اتفاقا لاحقا على العقد يحدد هذا القانون صراحة ، وجب على المحكم ، الكشف عن إرادتهم الضمنية

---

[٢٧] يراجع في تفاصيل ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري " نظرية العقد " دار إحياء التراث _ بيروت بدون تاريخ نشر خاصة ص ١٥٣ ، الدكتور عبد الودود يحي " الموجز في النظرية العامة للالتزامات " دار النهضة العربية ١٩٩٤ خاصة ص ٣١ وما بعدها.



Leur Volonté tacite من خلال استخلاصها من نصوص العقد ، وظروف الحـــال ، وملابسات العملية التعاقدية .

والإرادة الضمنية ينبغي اعتبارها " وعدم تجاهلها ؛ لأنها إرادة حقيقية تنبئ عن ميل واضح ، وإن كان كامنا ، إلى نظام قانوني معين ، بحيث نكون أمـــام تحديـــد أو اختيـــار ضمني لقانون العقد ، أو اعتقاد حقيقي وكاف بشأنه " (٢٨) .

ونظرا لذلك فإن التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية لا تهمل الإرادة الـضمنية للأطراف ، بل تعتد بها وتعول عليها في تعيين القانون واجب التطبيق علـى العقـد الدولي حال خلو نصوصه من التعين الصريح لهذا القانون (٢٩) .

٢ ـ ضوابط الاختيار الضمني لقانون العقد الدولي :

الإرادة الضمنية هي إرادة حقيقية وقائمة ، غير أنها كامنة أو مـستترة ، ومـن ثم يقتصر دور المحكم على الكشف عن هذه الإرادة وإماطة اللثام عنها مـن خـلال القراءة المتأنية لنصوص العقد ، والتقدير الســليم للملابسات التي أحاطت بالعملية التعاقدية ، والتمحيص الهادئ للظروف التي صاحبت تنفيذ العقد وسلوك الأطراف أثناء ذلك . ومن ثم لا يجوز للمحكم أن يتعدى ذلك إلى محاولـة افتـراض إرادة الأطراف من نسيج خياله وآراءه الشخصيـة ، أو يستقيها مـن غـير الأسـس السابقـة ، فدور المحكم في استخلاص الإرادة الضمنية ليس تحكميا ولا تعـسفيا ، حيث لا يتمتع في هذا الصدد بسلطة تقديرية غير محدودة ، بل هو مقيد بأن ينبثـق استخلاصه لهذه الإرادة من نصوص العقد وظروف الحال وملابسات التعاقد .

وتأسيسا على ذلك يقرر الفقه الغالب ضرورة أن تكون الإرادة الضمنية حقيقيـة

(٢٨) أستاذنا الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة " قانون العقد ... " مرجع مشار إليه سابقا ص ١٩٤ .

(٢٩) يراجع في التفاصيل مؤلفنا المشار إليه سابقا خاصة بند ١٨٥ وما يليه .

ومؤكـــدة بحيث تدل على أن رغبة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون معين على عقدهم ؛ وذلك تقييدا لسلطة المحكم _ أو القاضي _ في هذا الصدد ، وحتى يـــأتي استخلاصه لإرادة الأطراف الضمنية تعبيرا حقيقيا عما قصده هؤلاء الأطراف [٣٠].

وقد أكـــد مجمع القانون الدولي انحيازه للاتجاه السابق ، الذي يـــستلزم أن تكـــون الإرادة الضمنية مؤكـــدة ، ففي قراره الصادر بدورته المنعقـــدة عام ١٩٩١ بمدينة بال السويسرية ، بشأن سلطان الإرادة في العقـــود الدوليـــة ، نصت المادة ٣ / ٢ من هذا القرار على أنه " في حالـــة تخلف الاختيار الصريح لقانون العقـــد ، يجب أن يستخلص الاختيار الضمني لهـــذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة الأطراف " [٣١] .

٣ _ وجوب أن يورد المحكم الأسباب والقرائن التي استقى منها الإرادة الـــضمنية المؤكدة :

إذا كان استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف العقد يلزم أن يتم في إطار الـــضوابط التي تجعل الاختيار الضمني لقانون العقد اختيارا مؤكدا وحقيقيـــا ، فـــإن المنطـــق القانوني يستوجب القول بوجوب أن يورد المحكم في حيثيات حكمه الأسباب الـــتي حملته على تطبيق قانون معين بحسبانه القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف الضمنية بصورة مؤكدة إلى تطبيقه على العقد ، وذلك حتى يتسنى للخصم الذي يـــرى أن

---

[٣٠] يراجع في ذلك الدكتور هشام صادق " القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدوليـــة " منـــشأة المعارف ١٩٩٥ بند ٢٨٣ وما يليه ص ٣٢٨ وما بعدها ، أستاذنـــا الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة " قانون العقد ... " خاصة ص ١٩٤ وما بعدها ، الدكتور عكاشة محمد عبد العال " قـــانون العمليـــات المصرفية : دراسة في القانون واجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية " الدار الجامعيـــة ١٩٩٣ خاصة ص ٩٩ وما بعدها ، الدكتور محمد الروبي المرجع السابق بند ١٨٨ والمراجع المشار إليها .

[٣١] راجع نص القرار في Rev. Crit. 1992 ص ١٩٨ وما بعدها .

المحكم قد انحرف في استخلاص هذه الإرادة ، أو أساء تقدير الظروف التي استقى منها الاختيار الضمني لقانون العقد ، أو يرى أن نصوص العقد قد تم تفسيرها تفسيرا مغايرا للنية الحقيقية للأطراف ، أن يطعن بالبطلان على حكم المحكم كما سنرى .

وإذا كنا بذلك قد تحدثنا عن الاختيار الصريح والضمني من قبل الأطراف لقانون العقد ، فيثار التساؤل حول مدى إمكانية استبعاد المحكم للقانون الذي تم اختياره صراحة من قبل الأطراف ، أو ذلك الذي اتجهت إرادتهم الضمنية المؤكدة إلى تطبيقه على العقد ؟ نجيب على ذلك فيما يلي :

المبحث الثاني
مدى إمكانية استبعاد المحكم للقانون المختار صراحة أو بطريقة ضمنية مؤكدة لحكم عقود الـ B. O. T والجزاء على ذلك

تمهيد وتقسيم : _

ذكرنا سابقا أن التحكيم يعد وسيلة شائعة لتسوية منازعات عقود الـ B. O. T ، وعقود الدولة بصفة عامة ، لا سيما تلك المتعلقة بالاستثمار وإقامة المشروعات في دول العالم الثالث ، وإذا كان التحكيم يكتسب تلك الأهمية في واقع العقود محل الدراسة ، فإن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد هو ، هل يجوز للمحكم _ فردا كان أو هيئة _ استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الذي اتفق صراحة على تطبيقه على العقد ، أو الذي يتضح على نحو مؤكد ، من نصوص العقد ، وظروف الحال ، وملابسات التعاقد أن إرادتهم الضمنية قد اتجهت إلى تطبيقه على العقد . نجيب على ذلك فيما يلي :



المتأمل في أحكام التحكيم الدولي التي صدرت بخصوص منازعات عقود الدولة يجد كثيرا منها قد أهدر إرادة الأطراف الصريحة ، ولم يعر إرادتهم الضمنية أدنى اهتمام فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على هذه العقود ، وذلك تحت ستار ذرائع وشبهات كثيرة . ونستعرض فيما يلي بعض أمثلة لهذه الأحكام ، ثم نعقب ذلك بإيضاح جزاء استبعاد الاختيار الصريح أو الضمني المؤكد لقانون العقد من قبل المحكم ، وذلك على التفصيل الآتي : _

أولا _ أمثلة لأحكام التحكيم الدولي التي استبعدت الاختيار الصريح أو الضمني المؤكد لقانون العقد :

(أ) في التحكيم بين شيخ أبوظبي وشركة Petroleum development Ltd البريطانية الصادر عام ١٩٥١ ، تساءل المحكم المنفرد في هذه القضية وهو الأستاذ الإنجليزي Asquith " ... ما هو القانون واجب التطبيق على العقد الماثل ؟ هذا العقد تم إبرامه في أبو ظبي ، ولا جدال في أن تنفيذ هذا العقد سيتم برمته في هذا البلد ، وعلى ذلك فإذا تم تعيين أحد القوانين الوطنية ليحكم هذا العقد ، فمن الجلي أن هذا القانون سيكون قانون أبوظبي " .

وبعد أن قرر الأستاذ Asquith هذه المقدمات المنطقية والقانونية أردف ذلك بقوله " ... إنه لا يمكن أن نطمئن إلى وجود هذا القانون ، نظرا لأن الشيخ _ حاكم أبو ظبي _ ، وفقا لما هو مقرر في القرآن ، يمارس القضاء متمتعا بسلطة تقديرية غير محدودة ، وبناء على ذلك فمن الخيال أن نتصور وجود قواعد قانونية مستقرة تطبق بصدد العقود التجارية الحديثة في هذا الإقليم البدائي ... وإزاء هذا الوضع يجب تطبيق المبادئ القانونية التي استقرت في الفهم الواعي ، والواقع العملي ، والممارسات الشائعة لجميع الأمم المتمدينة باعتبارها نوعا من القانون

الطبيعي الحديث ... " .

ثم انتهى المحكم إلى أنه " نظرا لأن كثيرا من قواعد القانون الإنجليزي تنبع من العقل وتتفق مع مبادئ العدالة فإنه من الممكن بالتالي اعتبارها جزءا من هذا القانون الطبيعي الحديث " .

وبناء على ذلك طبق المحكم القانون الإنجليزي على العقد محل النزاع (٣٢) .

ويتضح من هذا الحكم أن المحكم قد استبعد القانون الذي تؤكد القرائن والدلائل المنبثقة من طبيعة العقد ، وملابسات التعاقد ، أن الإرادة الضمنية للأطراف قد اتجهت إلى تطبيقه على العقد ، والذي اعترف المحكم نفسه بأنه أوثق القوانين صلة بالعلاقة العقدية ، وتذرع في ذلك ببدائية هذا القانون ، وعدم ملاءمته لحكم المعاملات التجارية الحديثة .

واللافت للانتباه أن المحكم قد قرر استبعاد قانون للدولة المتعاقدة لصالح المبادئ القانونية المعترف بها في الدول المتمدينة ، ثم انتهى إلى أن القانون الإنجليزي _ وهو قانون الدولة التي تنتمي إليها الشركة المتعاقدة وينتمي إليها المحكم نفسه _ يجسد هذه المبادئ العامة المعترف بها من قبل الأمم المتمدينة ، ومن ثم فقد طبق هذا القانون على العقد.

(ب) وفي قضية حاكم قطر ضد شركة **International Marine Oil co Ltd** . عام ١٩٥٣ قرر المحكم المنفرد الأستاذ **Alfred Bucknill** أنه يجب الوقوف على ما إذا كان القانون واجب التطبيق على العقد هو القانون الإسلامي المعمول به في قطر ، أم هو مبادئ العدالة والمساواة وحسن النية ؟ ، وفي سبيل الإجابة على هذا التساؤل

---

(٣٢) _ Petroleum development *C* Sheikh of Abu Dhabi . 18 aut 1951 the international and comparative law quarterly 1952 PP : 247 - 261 ; The American journal of international law Vol 47 1953 PP: 156 - 159

قرر المحكم أنه وإن كان يصعب استخلاص النية الحقيقية للطرفين بشأن مسألة القانون واجب التطبيق من نصوص العقد ، إلا أنه توجد عدة عوامل موضوعية تزكي القول بتطبيق القانون الوطني القطري ، وذلك نظرا لكون الحكومة القطرية طرفا في العقد ، ومكان التنفيذ هو قطر ، وتحرير العقد باللغة العربية والإنجليزية ، كما أن لقطر ، وفقا للعقد ، الأخيرة الحق في أن تتمسك بأن تنعقد جلسات التحكيم على أراضيها ، كل ذلك يجعل من الصعب تفسير العقد دون اللجوء إلى القانون القطري ، الأمر الذي يفضي إلى تطبيق القانون الإسلامي المعمول به في قطر على العقد محل النزاع .

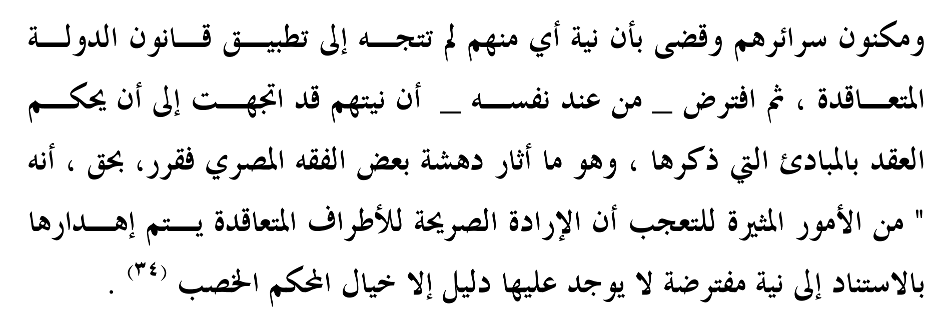
وبعد أن استعرض المحكم كل ما سبق أضاف أنه على قناعة بأن القانون الإسلامي النافذ في قطر لا يشتمل على قواعد قانونية تكفي لحكم هذه النوعية الحديثة من العقود ، وأنه لا يوجد _ في رأيه _ لدى أي من الأطراف النية لتطبيق القانون الإسلامي على العقد ، وإنما انصرفت إرادتهم إلى خضوع العقد لمبادئ العدالة ، والإنصاف ، وحسن النية [٣٣].

وبعد أن استبعد المحكم القانون الوطني للدولة المتعاقدة المستمد من الشريعة الإسلامية فصل في النزاع وفقا للمبادئ التي ذكرها ، أي مبادئ العدالة والإنصاف ، والمساواة ، وحسن النية . وكأن الشريعة الإسلامية تجهل هذه المبادئ !! وهي التي تجسد هذه المبادئ أعظم تجسيد ، حيث نجدها في ظلها أكثر أصالة ، وأشد رسوخا ، وأشمل نطاقا مما هي عليه في ظل القوانين الغربية .

ويتضح من الحكم السابق أن المحكم قد نصب من نفسه قاضيا لنوايا الأطراف

---

(٣٣) _ Ruler of Qatar . *C* international marine oil company ltd juin 1953 . international law reports Vol 20 1953 PP : 534 - 547



ومكنون سرائرهم وقضى بأن نية أي منهم لم تتجه إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة ، ثم افترض ـ من عند نفسه ـ أن نيتهم قد اتجهت إلى أن يحكم العقد بالمبادئ التي ذكرها ، وهو ما أثار دهشة بعض الفقه المصري فقرر، بحق ، أنه " من الأمور المثيرة للتعجب أن الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة يتم إهدارها بالاستناد إلى نية مفترضة لا يوجد عليها دليل إلا خيال المحكم الخصب [٣٤] .

(ج) وفي تحكيم Aramco ضد السعودية ، عندما نشب الخلاف حول العقد المبرم بين شركة أرامكو الأمريكية والحكومة السعودية اتفق الطرفان بموجب مشارطة تحكيم أبرماها عام ١٩٥٥على تسوية هذا النزاع عن طريق التحكيم ، وجاء في المادة الرابعة من هذه المشارطة أن " تفصل محكمة التحكيم في هذا النزاع : أ) طبقا للقانون الساري في المملكة العربية السعودية ، وذلك فيما يتعلق بالمسائل التي تدخل في اختصاص المملكة العربية السعودية . ب) طبقا للقانون الذي تحدده محكمة التحكيم ، وذلك فيما يتعلق بالمسائل التي تخرج عن اختصاص المملكة العربية السعودية " [٣٥] .

٢٢٠ ـ وعندما تصدت محكمة التحكيم للفصل في النزاع قررت بصدد مسألة القانون واجب التطبيق أن " المحكم لا يمكنه أن يحل اختياره هو محل اختيار الأطراف ، وذلك في الحالات التي يكون فيها هذا الاختيار صريحا ، واضحا ، لا يشوبه الغموض ، وطالما لم يتوافر لدى المحكم سبب يدعو لإهدار أثر هذا الاختيار . وبعد أن أقرت المحكمة هذا المبدأ القانوني السليم أردفت ذلك بقولها " حيث إن

---

[٣٤] الدكتورة حفيظة الحداد " العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية دار النهضة العربية ١٩٩٦ " خاصة ص ٥٤٨ ، وانظر كذلك الدكتورة سامية راشد " دور التحكيم في تدويل العقود " دار النهضة العربية ١٩٩٠ خاصة ص ٥٢ وما .

[٣٥] راجع هذا النص في رسالة Régli المشار إليه سابقا ص ١١٠ .

الأطراف قد اتفقوا في مشارطة التحكيم على أن يتركوا للمحكمة حرية تحديد القانون واجب التطبيق فيما يتعلق بالمسائل التي لا تدخل في اختصاص المملكة العربية السعودية ، فإن ذلك يدل دلالة قطعية على أنهم قد بحثوا مسألة القانون واجب التطبيق وتفاوضوا بشأنها ، غير أنهم فشلوا في أن يتوصلوا إلى حل بخصوص تحديد هذا القانون واجب التطبيق ... ، وإزاء ذلك فإن المحكمة ستعين هذا القانون بطريقة مجردة من خلال تبني معيار موضوعي يربط بين المسائل محل الاتفاق ونظام قانوني معين " .

ثم استطردت هيئة التحكيم فذكرت أنه " حتى يتسنى تحديد مسألة القانون واجب التطبيق يتعين أولا الوقوف على الطبيعة القانونية للمسألة القانونية موضوع التراع ، ووفقا لما هو مقرر في القانون الدولي الخاص ، فإن عملية التكييف هذه تتم وفقا لقانون القاضي المعروض عليه التراع ، ونظرا لأنه ليس للمحكم قانون قاضي فيتم التكييف وفقا لقانون موقع المال متى تعلق التراع بمال . ونزولا على هذه القاعدة لجأت المحكمة إلى القانون السعودي المنبثق من الشريعة الإسلامية وفقا لما هو مقرر في المدرسة الحنبلية _ مذهب الإمام أحمد بن حنبل باعتباره المذهب الفقهي المعتمد في المملكة العربية السعودية _ لتحديد الطبيعة القانونية لعقد امتياز البترول الممنوح من الحكومة السعودية لشركة أرامكو ، وللوقوف على ما إذا كان العقد محل التراع يعتبر تصرفا عاما صادرا بالإرادة المنفردة للحكومة السعودية ، أم عقد من العقود الإدارية التي يحكمها القانون العام ، أم أنه عقد من عقود القانون الخاص [٣٦] .

وبناء على ذلك خلصت المحكمة إلى أن فكرة القانون العام أو القانون الإداري غير

---

(٣٦) راجع ذلك في Rev. Crit. 1963 خاصة ص ٣١٠ وما بعدها .

معروفة في الفقه الإسلامي ، لا سيما في المذهب الحنبلي ، فوفقا لفقه ابن تيمية _ وهو من أبرز فقهاء المذهب الحنبلي المعتمد في السعودية _ ، لا فرق بين المعاهدات التي تبرم بين الدول ، وعقود القانون العام أو العقود الإدارية التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها سلطة عامة ، أو العقود التجارية التي تبرم بين الأفراد في مسائل القانون الخاص ، فكافة هذه الأنواع يحكمها قاعدة واحدة هي قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين .

وانتهت المحكمة بعد العرض السابق إلى استبعاد القانون السعودي استنادا إلى أن " الفقه الإسلامي لا يتضمن نظرية مكتملة يجب تطبيقها على الامتيازات التعدينية والبترولية ، لأن هذا الأمر مازال في هذا الفقه بمثابة جنين في طور التكوين لم يكتمل بعد !! ، أما فيما يتعلق بالمدرسة الحنبلية ، فلا تتضمن أية قاعدة محددة يجب تطبيقها على الامتيازات التعدينية بصفة عامة ، والامتيازات البترولية على وجه الخصوص " [٣٧].

وبعد أن استبعدت المحكمة تطبيق القانون السعودي ، أي القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، طبقت المبادئ العامة للقانون على العقد .

(د) وفي عام ١٩٦٣ استبعد الأستاذ السويسري Pierre Cavin في قضية شركة Saphire international petroleums ltd ضد شركة البترول الوطنية الإيرانية National Iranian oil company ، القانون الوطني للدولة المتعاقدة ؛ استنادا أن الشركة الأولى قدمت لإيران مساعدات مالية وفنية بموجب العقد المبرم بينها وبين الشركة الثانية ، وتحملت في سبيل القيام بالاستثمارات محل العقد مسئوليات ومخاطر جسيمة ، ومن ثم فمن الضروري أن يتقرر لهذه الشركة بعض

---

(٣٧) يراجع ذلك في Rev. Crit. 1963 ص ٣١١ .

الضمانات القانونية من خلال حمايتها من أية تعديلات تشريعية يكون من شأنها الإضرار بها ، أو الإخلال بحقوق والتزامات الأطراف المقررة بموجب العقد ، ولما كان ذلك لا يمكن أن يتحقق حال تطبيق القانون الإيراني ؛ نظرا لأنه بإمكان السلطات الإيرانية تعديله فقد استبعده المحكم .

ثم أورد حيثيات استبعاد هذا القانون فذكر أنه " نظرا لأن الأطراف قد اتفقوا على تسوية ما عسى أن يثور بينهم بشأن العقد من منازعات على التحكيم ، كما اتفقوا على تنفيذ التزاماتهم بحسن نية .... ، فإنه يتضح من ذلك بجلاء أن إرادة الطرفين قد اتجهت نحو استبعاد تطبيق القانون الإيراني ، ونظرا لأنهم قد سكتوا عمدا عن تحديد نظام قانوني آخر ليحكم العقد ، فإنه بالنظر إلى كافة المؤشرات السابقة يتبين أن إرادة الطرفين قد اتجهت نحو إخضاع العقد محل النزاع للمبادئ العامة للقانون المعترف بها لدى الأمم المتمدينة " (٣٨).

ويتضح من هذا الحكم أن العقد محل النزاع لم يتضمن نصا صريحا بشأن القانون واجب التطبيق على العقد ، وبدلا من أن يبحث المحكم عن الإرادة الضمنية للطرفين ، أو يعمل على تركيز العقد في إطار النظام القانوني الأوثق صلة به ليحكم العقد ، إذا به قد وضع نصب عينيه هدفا حدده سلفا وأفصح عنه في صدر حكمه ، وهو وجوب حماية مصالح الشركة المتعاقدة وتوفير أكبر قدر من الضمانات القانونية لها . ورأى المحكم أن هذا الهدف لن يتحقق إلا بخلع العقد ، وما يثور بشأنه من منازعات ، من ربقة القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، ومن ثم فقد قرر أن إرادتهم المفترضة ، من قبله ، قد اتجهت إلى استبعاد قانون الدولة المتعاقدة وحكم عقدهم

---

(٣٨) راجع تفاصيل هذا الحكم في Annuaire suisses de droit international , Vol 19 PP : 273 - 302 , avec commentaire de J- F Lalive ; V. aussi the international and comparative law quarterly 1964 , PP: 1002 - 1021

بمقتضى المبادئ العامة للقانون المعترف بهـا لدى الأمم المتمدينة ، وأراد أن يـدلل على صحة ذلك أو يلتمس له سندا قانونيا يسوغه ، فلم يستطع إلا أن يقـرر أن " عدم اشتمال العقد على نص بخصوص القانون واجب التطبيق واحتوائه على شرط التحكيم ، والتزام الطرفين بتنفيذ التزاماتهما بحسن نية يستنتج منه اتجاه نيتـهم إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل الأمم المتمدينة " !! .

(هـ) ونختتم الأمثلة التي تم فيهـا استبعـاد القانون الوطني للدولـة المتعاقـدة بحسبانه قـانون الإرادة الصريحة أو الضمنية المؤكدة للأطراف بذكر تحكيم **Texaco** ضد ليبيا ، فقد نصت المادة ٢٨ من عقد الامتياز محل النزاع علـى أن " يخـضع الامتـياز الحالي في تفسيره وتنفيذه لمبادئ التشريع الليبي المتفقة مع مبادئ القانون الدولي ، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ المشتركة فيخضع العقد للمبادئ العامة للقانون بما فيها المبادئ العامة التي أرساها القضاء الدولي " [٣٩] .

ودون الخوض في تفاصيل هذا الحكم ، والذي ليس محله هذه الداسة ، فقد استبعد المحكم الفرنسي الأستاذ **Dupuy** تطبيق القانون الليبي على النزاع لـصالح المبـادئ العامة للقانون استنادا إلى أن من شأن ذلك توفير الحماية المطلوبة للطرف الخـاص المتعاقد مع الدولة من التعديلات التي يمكن أن تجريها هذه الأخيرة على تـشريعاتها بصورة مباغتة ، كما استند في ذلك إلى أن خضوع العقد للمبادئ العامة للقـانون يفضي إلى تحقيق التوازن بين مركز كلا الطرفين ، وهو أمـر مرغـوب فيـه مـن كليهما[٤٠] .

يتضح من ذلك أن السيـد **Dupuy** قـد استبعد تطبيق قانون الدولـة المتعاقـدة

---

(٣٩) راجع هذا النص في *J. dr. I* 1977 خاصة ص ٣٥٧ .

(٤٠) راجع الفقرة ٤٢ من الحكم في *J. dr. I* 1977 ص ٣٥٨ .



لصالح المبادئ العامة للقانون تحت ذريعة حماية المتعاقد مع الدولة ، وتحقيق التوازن العقدي بين طرفي عقد الامتياز محل النزاع . وكأن هذه الحماية وذلك التوازن لا يتحققان إلا خارج إطار القوانين الوطنية _ وعلى وجه الخصوص خارج نطاق قانون الدولة المتعاقدة _ على الرغم من أن فكرة تحقيق التوازن بين أطراف العلاقة العقدية ما هي إلا مبدأ عام وقاعدة مسلم بها في كافة النظم القانونية ، حيث تضمنت تلك النظم الوسائل الكفيلة بتحقيق هذا التوازن بطريقة فعالة ، لا سيما في الحالات التي تكون فيها الدولة أو أحد أجهزتها العامة طرفا في العلاقة العقدية .

وتأسيسا على ما تقدم فقد كان بإمكان السيد **Dupuy** أن يحمي الشركة المتعاقدة ، ويحقق التوازن العقدي استنادا إلى قانون الدولة المتعاقدة وليس من خلال استبعاده ، بيد أنه أصر على استبعاد هذا القانون وأجهد نفسه في حشد الدلائل والبراهين التي تبرر موقفه هذا [٤١] ، وذلك ، فيما يبدو لنا ، حتى يساهم في ترسيخ فكرة تدويل عقود الدولة من خلال التطبيق العملي لها ، وتكوين سوابق تحكيمية تكون شاهدا على صحتها .

ثانيا _ تعقيب على الأمثلة السابقة التي استبعدت فيها هيئات التحكيم قانون الدولة المتعاقدة :

من مطالعة موقف الفقه حيال مسألة مدى إمكانية استبعاد المحكم قانون الدولة المتعاقدة الواجب التطبيق على عقود الدولة بموجب الاختيار الصريح أو الضمني يجده ينقسم إلى فريقين :

---

[٤١] راجع ما ساقه من أسانيد وحجج لتبرير موقفه المنوه عنه بالمتن في *J. dr. I* 1977 خاصة من ص ٣٥٧ إلى ص ٣٦٢ .

الفريـــق الأول يؤيد إمكانيـــة استبعـــاد هـــذا القـــانون من قبل المحكـــم ، وراح يحـــاول قدر طاقته التماس الحجج والأسانيد القانونية التي تسوغ هذا الموقف [٤٢].

أما الفريق الثاني فيذهـــب إلى أنـــه لا يجـــوز للمحكم اســـتبعاد قـــانون الدولـــة المتعاقدة المختار صراحة أو ضمنا من قبل الأطراف ، وقام بالرد على الحجج الـــتي ساقها الفريق الأول ، وصب أكثرية أنصاره جام غضبهم علـــى المحكمـــين الـــذين خـــالفوا هـــذا النظر ، ونعـــوا عليهم تحيزهم البين وعـــدم حيدتهم الـــسافرة ، ومخالفـــة مسلكهم لبديهيات المبادئ القانونية والمنطقية [٤٣].

ودون الدخول في تفاصيل الرأيين السابقين ، حتى لا نبتعد عن موضوع دراســـتنا ، فإننـــا ، من حيث المبدأ ، ننحاز إلى رأي الفريق الثاني لكوننا علـــى قناعـــة تامـــة بسلامة اتجاههم ، وقوة منطقهم ، وشفافية أسانيدهم ، كما نضم صوتنا إلى أصواتهم فيما يتعلق بمسلك المحكمين ، فرادى وهيئات ، تجاه دول العالم الثالث ، وقد ســـبق أن أعلنا ذلك أكثر من مرة عبر هذه الدراسة ، إذ كيف يتسنى للمحكمين إهـــدار إرادة الأطراف والضرب بها عرض الحائط ، وهم ــ أي المحكمين ــ إنما يستمدون من هذه الإرادة سلطاتهم واختصاصاتهم بالفصل في النزاع !! [٤٤].

غير أننا لا نكتفي بذلك ، ونؤكد أن للمسألة وجها آخر لا ينبغي إغفاله ، أو تغافله

---

(٤٢) راجـــع عرض هذه الموقف واستعراض أسانيده رسالة Régli المشار إليها سابقا ص ١١٠ وما بعدها ، D. Berlin رسالته المشار إليها سابقا من ص ٧١ إلى ص ٨٢ .

(٤٣) يراجـــع في تفـــاصيل ذلك الدكتورة ساميـــة راشد " دور التحكيم ... " خاصة ص ٤٧ وما بعدها ، الدكتورة حفيظـــة الحداد المرجـــع السابق ص ٥٥٠ وما بعدها والمراجع المشار إليهـــا ، الـــدكتور عصام القصبي " خصوصية التحكيم ... " خاصة ص ١٦٤ وما بعدهـــا.

(٤٤) يراجع حول هذه المسألة الدكتورة هدى محمد مجدي عبد الرحمن " دور المحكم في خـــصومة التحكـــيم وحدود سلطاته " دار النهضة العربية ١٩٩٧ .



، أو التقليل من أهميته ، ويمكن إذا ما تم تسليط الضوء على هـذا الوجـه ، أن تتنبه الجهـات الحكومية العربية عند إبرامها عقود الـ B. O. T _ وعقـود الدولة بصفة عامة _ فتولي شرط القـانون واجب التطبيق العناية التي ينبغي أن تُولى له ، وذلك حتى تتجنب المشكلات والمضار التي تنجم من جراء عدم العناية بهذا الشرط الهام ، ومن أجل هـذه الغايـة فقد أسهبنا في عرض القضايا التحكيمية السابقة .

هذا الوجه الآخر للمسألة الذي نرى أهمية تسليط الضوء عليه ، ونرى أنه لا يكفي انتقاد مسلك المحكمين ، هو أنه في كثير من الأحيان كان استبعاد إرادة الأطـراف الصريحة أو الضمنية المؤكدة في تطبيق قانون الدولـة المتعاقدة نتيجة لفعل الدولـة المتعاقدة نفسها وبما كسبت أيديها ، نظرا لأنها قدمت للمحكمين الذرائع التي يمكن أن يتكئوا عليها لاستبعاد قانونها من التطبيق على العقد ، وإزاء ذلك يجدر بالدولـة المتعاقدة أن تلوم نفسها قبل أن تلوم هيئات التحكيم ، ولا تعلق أخطاءهـا علـى شماعة تحيز تلك الهيئات وعدم حيدتها ... الخ .

وبيان ذلك أن المشاهد في أغلب الأمثلة التي استعرضناها سابقا ، هـو أن الـدول المتعاقدة لم تهتم بصياغة شرط القانون واجب التطبيق صياغة محكمة تجنبها السقوط في الفخاخ والشراك الخداعية التي ينصبها ممثلي الشركات العالمية عند التفاوض على العقد من ناحية ، وتقيها ، من ناحية أخرى ، الوقوع في براثن تأويلات المحكمـين المدافعين عن مصالح هذه الشركات ، والمتبنيين لوجهة نظرها ، عند عرض الـتزاع على التحكيم .

فنلاحظ أولا أن بعض الدول لم تعر شرط القانون الواجب التطبيق على العقـد أدنى اهتمـام ، عند إبرام العقد ، وجاء العقد خلوا من تعيين القـانون واجـب التطبيق ، وذلك على غرار ما حدث في تحكيم Saphire ، وفي مثل هذه الحالة عبثا

تحاول الدولة المتعاقدة أن تقنع المحكم ، أو هيئة التحكيم ، بأن نصوص العقد وظروف التعاقد تقطع بأن الإرادة الضمنية للأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانونها الوطني على العقد ، أو أن هناك قرينة مفترضة لصالح تطبيق قانونها على تعاقداتها ، طالما لم ينص العقد على غير ذلك ... " .

ونلاحظ في بعض آخر من الأمثلة التي استعرضناها أن شرط القانون واجب التطبيق تمت صياغته بطريقة أقرب إلى التجهيل والغموض منها إلى الجلاء والوضوح . والدولة بموافقتها على ذلك تكون قد أعطت الفرصة كاملة ، وفتحت الأبواب على مصاريعها أمام هيئات التحكيم لاستبعاد قانونها ، وذلك على غرار ما حدث في قضية **Aramco** ، حيث نص العقد على أن " تفصل المحكمة في هذا النزاع : أ) طبقا للقانون الساري في المملكة العربية السعودية فيما يتعلق بالمسائل التي تدخل في اختصاص المملكة ... ب) طبقا للقانون الذي تحدده محكمة التحكيم ، وذلك فيما يتعلق بالمسائل التي تخرج عن اختصاص المملكة العربية السعودية " . ولم تتضمن مشارطة التحكيم التي ورد بها هذا النص ، أي نص تفسيري _ بل لم تتضمن أية إشارة _ حول ماهية تلك المسائل التي تدخل في اختصاص المملكة ، وماهية المسائل الأخرى التي تخرج عن هذا الاختصاص .

وكذلك الحال في تحكيم **Texsaco** ضد ليبيا ، حيث نص العقد على تطبيق مبادئ التشريع الليبي _ وليس القانون الليبي _ المتفقة مع مبادئ القانون الدولي !! ، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ المشتركة بينهما فيخضع العقد للمبادئ العامة للقانون.... " .

ففي مثل الحالتين السابقتين ، وبعد أن توافق الدولة بملء إرادتها على صياغة شرط



القانون واجب التطبيق بالكيفية السابقة هل يصح أن تنحو باللائمة على المحكمين فقط عند إعراضهم عن تطبيق قانونها على العقد ، وهل تنتظر منهم أن يكونوا أكثر حرصا على مصالحها من حرصها هي على تلك المصالح ؟ !! ، هذا ما لا يمكن تصوره ، وبالتالي فقد قررنا منذ قليل أن كثيرا من المشكلات والأضرار التي حاقت بدول العالم الثالث من جراء أحكام التحكيم الدولي ، كانت بما كسبت أيدي تلك الدول وجزاء وفاقا لعدم تيقظها وعدم عنايتها العناية الكافية بصياغة شرط القانون واجب التطبيق على العقد بما يحقق مصالحها ، ويلبي احتياجاتها ، ويحتاط لمستقبل العلاقة التعاقدية ، وما عسى أن يثور خلال مدة التعاقد من خلافات .

ونظرا لذلك فقد عرضنا أحكام التحكيم السابقة ، وكان قصدنا من ذلك إيضاح الحقائق السابقة أمام الجهات الحكومية العربية التي كثيرا ما تلجأ ، في الوقت الحالي، لإبرام عقود الـ B.O.T وتنفيذ المشروعات الكبرى في دولها وفقا لهذا النظام، ومن ثم نأمل أن تقوم تلك الجهات ببذل قصارى جهدها في مرحلة التفاوض حول العقد وإبرامه ، لكي ينبثق الأمر عن عقد متوازن يحقق مصالح الدولة ومصالح مواطنيها _ لا سيما وأن عقود الـ B.O.T تنصب على مرافق حيوية ذات اتصال وتأثير مباشرين على جمهور المنتفعين _ ولا يتجاهل ، في الوقت نفسه ، المصالح المشروعة لشركة المشروع .

وإذا كنا بذلك قد استعرضنا مسلك هيئات التحكيم إزاء استبعاد قانون الدولة المتعاقدة من الانطباق على عقود الدولة ، فهل تقف الدولة المتعاقدة مكتوفة الأيدي، قليلة الحيلة أمام هذا المسلك ، أم أن هناك طريقا يمكنها عن طريقه إذا ما سلكته أن تعيد الأمور إلى نصابها الصحيح ؟ هذا ما نجيب عليه في الفقرة التالية :

ثالثا _ جزاء استبعاد المحكم للاختيار الصريح أو الضمني للقانون واجب التطبيق على عقود الـ B. O. T ، وعقود الدولة بصفة عامة :

إذا صدر حكم تحكيم في أحد عقود الدولة ، ومنها عقود الـ B.O.T ، واستبعدت هيئة التحكيم القانون الذي عينه الأطراف صراحة ليحكم العقد ، أو ذلك الذي تنبئ نصوص العقد وظروف الحال وملابسات التعاقد عن أن إرادتهم الضمنية قد اتجهت إلى تطبيقه على العقد ، فقد اتجهت كثير من التشريعات المقارنة إلى تقرير جزاء على ذلك يتمثل في بطلان حكم التحكيم ، من ذلك ما تضمنه قانون التحكيم المصري _ حيث تسري أحكامه على عقود الدولة بشرط موافقة الوزير المختص (م ١) كما ذكرنا _ الذي تضمن عدة حالات يجوز الطعن فيها بالبطلان على حكم التحكيم من بينها حالة استبعاد القانون واجب التطبيق ، وذلك وفقا لما تنص عليه المادة ٥٣ من هذا القانون التي نصت على أنه " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال التالية : ..... د _ إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع " .

ويبين من هذا النص أنه أجاز الطعن بالبطلان على حكم التحكيم استنادا إلى عدم تطبيق هذا الحكم للقانون الذي اختاره الأطراف لحكم العقد .

ويبدو لنا أن النص السابق لا يقتصر تطبيقه على الحالات التي يستبعد فيها القانون الذي عينه الأطراف صراحة لحكم العقد ، بل يمتد إلى الحالات التي يستبعد فيها القانون الذي يتضح من نصوص العقد وظروف الحال وملابسات التعاقد ومسلك المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد ، أن إرادتهم الضمنية المؤكدة قد اتجهت إلى تطبيقه على العقد ؛ وذلك لأن الإرادة الضمنية ، كما سبق القول ، هي إرادة حقيقية وقائمة بيد أنها كامنة ، أو مستترة ، ومن ثم يجب على المحكم الكشف عنها وعدم تجاهلها



، وإلا كان متجاهلا قانون إرادة الأطراف ، ويتوافر بذلك الحالة التي تحدثت عنها المادة ٥٣ / د ، مما يجعل حكم التحكيم عرضة للطعن عليه بالبطلان .

ومن ناحية أخرى نرى مع جانب من الفقه المصري أن النص لا يقتصر إعماله على حالة الاستبعاد الكلي لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية المؤكدة فقط ، بل " يعتبر مسخ المحكم للقانون المتفق على تطبيقه بمثابة استبعاد له وتجاهل لأحكامه ، وهو ما يجيز رفع دعوى البطلان . وفي هذا يشير تقرير اللجنة المشتركة بمضبطة مجلس الشعب إلى أنه يدخل في مفهوم نطاق استبعاد القانون الواجب التطبيق الخطأ في تطبيقه إلى درجة مسخه " [٤٥] .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر عام ١٩٩٥، بأنه " ... لما كان من غير المتنازع فيه من الطرفين أن القانون المصري هو المتفق بينهما على تطبيقه على النزاع الماثل ... ، وكان الثابت لهذه المحكمة أن العقد محل المنازعة هو عقد إداري مبرم مع مرفق عام لتوريد مهمات وخدمات متعلقة بتسييره وتنظيمه ... فإذا تضمن العقد النص على أن القانون الواجب التطبيق _ بمعرفة هيئة التحكيم _ هو القانون المصري ، فإن مفاد ذلك أن المقصود هو القانون الإداري المصري ، فإذا أعمل حكم التحكيم القانون المدني المصري دون القانون الإداري المصري فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق على إعمال أحكامه بما تتوافر معه حالة من حالات طلب بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في المادة ٥٣ في فقرتها الأولى بند (د) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ آنفة

---

[٤٥] الدكتور منير عبد المجيد " الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص " منشأة المعارف ٢٠٠٠ ص ٤٦٤ وما بعدها.

البيان..."[٤٦].

ووفقا للمادة ٥٤ من قانون التحكيم المصري يتعين أن ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال تسعين يوما من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم ضده وفقا لطرائق الإعلان الواردة في المادة ٧ من هذا القانون ، وتختص بنظرها محكمة استئناف القاهرة ، وذلك ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى بنظرها [٤٧] .

وإذا كان القانون المصري قد اتخذ الموقف السابق صراحة ، فنشير إلى أن هذا الموقف يمكن أن يستخلص من نصوص اتفاقية واشنطن بطريقة ضمنية ، حيث نصت المادة ٥٢ من هذه الاتفاقية على أنه " يجوز لكلا الطرفين أن يقدم طلبا كتابيا إلى السكرتير العام يطلب فيه بطلان حكم التحكيم استنادا إلى سبب أو أكثر من الأسباب الآتية : ... ب) تجاوز محكمة التحكيم للسلطة المخولة لها بطريقة ظاهرة". ونرى مع جانب من الفقه أن تجاوز محكمة التحكيم للسلطة المخولة لها ، والذي يمكن الاستناد إليه لإبطال حكم التحكيم يشمل استبعاد هذه المحكمة للقانون الذي اتفق الأطراف _ صراحة أو ضمنا _ على تطبيقه على موضوع النزاع ، وتطبيق

---

[٤٦] راجع مزيدا من التفاصيل الدكتورة حفيظة الحداد " الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة " دار الفكر الجامعي ٢٠٠٠ خاصة ص ٥٢ وما بعدها.

[٤٧] يراجع في تفاصيل ذلك الدكتور أحمد الصادي " التحكيم طبقا للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية " دار النهضة العربية ٢٠٠٢ ص ٢٤٩ وما بعدها ، الدكتور منير عبد المجيد المرجع السابق ص ٤٣٨ وما بعدها ، وراجع حول هذه المسألة بصفة عامة الدكتورة حفيظة الحداد " الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية " دار الفكر العربي ١٩٩٦ .



قانون آخر بدلا منه [٤٨] .

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة مسألة مدى جواز التحكيم في عقود الـــ B. O. T والقانون الواجب التطبيق بشأنها .

والله ولي التوفيق

---

[٤٨] الدكتور أحمد الصاوي المرجع السابق ص ٢٤٥ ، وانظر بالتفصيل حول هذه المسألة : Dominique Foussard " Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage " Revue de l'arbitrage 2002 , P : 579 et s.